

Tilburg University

Noot bij HR, 17 januari 2020, NJ 2020/137 (beroepsaansprakelijkheid advocaat)

Tjong Tjin Tai, Eric

Published in:
Nederlandse Jurisprudentie

Publication date:
2020

Document Version
Version created as part of publication process; publisher's layout; not normally made publicly available

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, E. (2020). Noot bij HR, 17 januari 2020, NJ 2020/137 (beroepsaansprakelijkheid advocaat). Case note on: Hoge Raad, 17/01/20, 18/03867, ECLI:NL:HR:2020:61 *Nederlandse Jurisprudentie*, 108(18), 2444-2447.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Annotatie NJ

HR 17 januari 2020, 18/03867, ECLI:NL:HR:2020:61

1. Feiten en procedure

Deze zaak volgt uit het faillissement van een vastgoedondernemer. Zoals niet ongebruikelijk in die branche had hij zijn activiteiten ondergebracht in een groep ondernemingen die via aandeelhouderbezit en bestuurders uiteindelijk onder controle van de ondernemer stonden. De aanleiding voor de zaak is, kort gezegd, dat de ondernemingen in 2005 in de problemen kwamen: er waren onder meer belastingsschulden, terwijl er blijkbaar onvoldoende inkomsten waren. In die periode was de bedoeling dat het gebruiksrecht op een vliegtuig zou worden verkocht aan een derde.

Hier was een ingewikkelde constructie voor opgezet. Het vliegtuig was en bleef juridisch eigendom van een partij die verder buiten de procedure staat. De economische eigendom was verkregen door vennootschap DS (gefinancierd met een lening van vennootschap KI), die dan weer het gebruiksrecht op het vliegtuig had doorverkocht aan vennootschappen D en R voor respectievelijk 72% en 28%. De koopsom voor dit gebruiksrecht was nooit betaald aan DS maar was als (niet afbetaalde) lening door DS voorgesloten. De hele constructie was dus in essentie gefinancierd door KI. Het hoe en waarom van deze complexe doorleenconstructie is onduidelijk. Ik zal niet ingaan op de goederenrechtelijke betekenis van ‘economische eigendom’ en ‘gebruiksrecht’.

Al deze vennootschappen waren (middellijk) eigendom van dezelfde ondernemer. De vennootschappen D en R hadden bovendien dezelfde bestuurder, A.

Bij de verkoop van het gebruiksrecht aan een externe partij was een bemiddelaar ingeschakeld, kennelijk de piloot van het vliegtuig, die hiervoor courtage zou ontvangen (blijkbaar was dit bedoeld om zijn achterstallig loon te betalen). Overigens was ook de echtgenote van de piloot hierbij betrokken, maar dat feit speelt geen zelfstandige rol in cassatie. De intentie was dat de koopsom, na aftrek van de courtage, zou worden uitbetaald aan D en R naar rato van ieders aandeel in het gebruiksrecht. Het lijkt erop dat de bedoeling was dat zij hiermee hun leningen aan DS zouden kunnen afbetalen, waarna DS de lening aan KI kon afbetalen. De concrete

betalingen zouden worden uitgevoerd door een andere tussenpersoon die daartoe strekkende opdracht zou ontvangen.

Tijdens de afwikkeling van de transactie, begin 2005, begonnen de diverse ondernemingen van het conglomeraat één voor één om te vallen. Ook KI werd in februari 2005 failliet verklaard. Daarop kreeg de advocaat van de groep een instructie om de koopsom op andere wijze uit te laten betalen door de tussenpersoon, namelijk 28% naar R die daaruit de bemiddelaar/piloot zou betalen, terwijl de resterende 72% van D naar een andere bankrekening moest worden uitbetaald, namelijk de rekening van KIC, een andere (Zwitserse) vennootschap in de groep. De bestuurder van KIC was wederom de heer A. Uiteindelijk werd in maart 2005 de koopsom uitbetaald door directe betaling van een deel (courtage) aan de bemiddelaars, terwijl het restant (na aftrek van enige kleine verschuldigde bedragen aan derden) geheel aan KIC werd betaald. Die instructie was namens D en R ondertekend door de heer A. KIC heeft vervolgens de ontvangen som geheel opgemaakt aan allerlei betalingen. D, R, en DS zijn in 2006 en 2007 failliet verklaard.

De curatoren van KI, D, R en DS hebben vervolgens de advocaat van de groep aansprakelijk gesteld wegens medewerking aan het wegsluizen van de koopsom.

Bij de rechtbank hadden de curatoren succes: de advocaat werd bij tussenvonnis aansprakelijk gehouden. In tussentijds hoger beroep werd dit vonnis echter vernietigd, en de Hoge Raad bekrachtigde dit oordeel.

2. Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad stelt de partijdigheid van de advocaat voorop, mits binnen de grenzen van de wet (r.o. 3.1.2). De advocaat moet wel rekening houden met “hem bekende of redelijkerwijs kenbare, gerechtvaardigde belangen van derden die in voor hen nadelige zin zouden kunnen worden geraakt door het (voorgenomen) handelen of nalaten waarop zijn dienstverlening betrekking heeft.” (r.o. 3.1.3). Als er “sprake is van zodanige belangen” die “op onaanvaardbare wijze” zouden kunnen worden geschaad, zal de advocaat zijn dienstverlening daarop moeten afstemmen (r.o. 3.1.3). Mogelijke acties die de Hoge Raad noemt zijn “het ontraden van een voorgenomen transactie, of het waarschuwen van de cliënt voor de daaraan, in verband met de

betrokken belangen van derden, verbonden risico's" (r.o. 3.1.3). Het waarschuwen van de derden of het niet verlenen van medewerking worden niet genoemd.

De Hoge Raad geeft nog enkele andere aanwijzingen. Zo mag de advocaat afgaan op de juistheid van de hem door de cliënt verstrekte gegevens, tenzij hij aanwijzingen heeft voor het tegendeel (r.o. 3.1.4). Verder zijn ook de inhoud en reikwijdte van de opdracht aan de advocaat relevant (r.o. 3.1.5).

De principes waar de Hoge Raad van uitgaat zijn gerechtvaardigd. Een advocaat moet, als partijdig dienstverlener, niet snel aansprakelijk zijn voor de handelingen die hij in opdracht verricht, anders zou hij zijn rol als belangenbehartiger niet goed kunnen vervullen (vgl. A-G Wissink in zijn conclusie nr. 3.6.2, ECLI:NL:PHR:2018:411 voor HR 6 juli 2018, RvdW 2018/843, cassatieberoep verworpen onder toepassing van art. 81 RO). Tegelijk geeft de Hoge Raad aan dat deze partijdigheid niet onbegrensd is. Onduidelijk blijft wanneer de grens is bereikt: de gegeven aanwijzingen zijn nogal abstract. De doctrine is op dit punt ook niet ver ontwikkeld, wat op zichzelf positief is nu dat erop wijst dat advocaten meestal ver genoeg weg blijven van de grens, anders zou er wel meer jurisprudentie zijn.

Voor de onderhavige zaak is van belang dat het gaat om ondernemingen binnen een groep. Hier kan men op verschillende manieren naar kijken. Vanuit de groep beschouwd is het doorschuiven van de koopsom een interne, administratieve kwestie: of het geld nu aan de ene of de andere vennootschap wordt uitbetaald, het is uiteindelijk geld dat aan de groep toebehoort. Dit standpunt vindt steun in het gegeven dat de bestuurder van D en R (de vennootschappen die uit hoofde van de verkoop recht hadden op de koopsom) die opdracht aan de advocaat gaf ook bestuurder was van de uiteindelijke ontvanger van (het merendeel van) de betaling (KIC). In beginsel mogen derden er van uit gaan dat een bevoegd bestuurder de wil van de vennootschap vertegenwoordigt, ook als die wil niet direct in het belang van de vennootschap is. Als dit anders zou zijn, zou iedere adviseur verplicht zijn om medewerking te weigeren bij het geringste verschil van inzicht over de wenselijke strategie! Het 'schuiven' van geld in een groep kan wel degelijk zakelijk gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld door een tijdelijk liquiditeitstekort goedkoop op te vangen als bekend is dat een onderneming binnen afzienbare tijd een contract zal sluiten waar weer inkomsten uit zullen voortvloeien. De kracht van een groep ondernemingen kan juist liggen in de

mogelijkheid elkaar te ondersteunen zonder de ‘at arms length’ wantrouwende houding die in het algemeen verwacht wordt. Als de vennootschap schade lijdt door een onzakelijke handeling, ligt het eerder voor de hand de bestuurder aan te spreken dan de hulppersoon.

Hiertegenover staat de vennootschapsrechtelijke realiteit waarin iedere vennootschap een eigen belang heeft, wat mede volgt uit het gegeven dat iedere vennootschap een eigen afgescheiden vermogen heeft en eigen schuldeisers. Het belang van de schuldeisers, dat door de curatoren wordt vertegenwoordigd, brengt met zich dat ook binnen een groep niet zomaar met geld mag worden geschoven als het gevolg daarvan is dat een vennootschap van haar activa wordt ontdaan, insolvent wordt, en geen verhaal biedt voor haar schuldeisers. Een benadering waarbij het belang van de individuele vennootschappen sterker naar voren komt heeft tot gevolg dat schuldeisers minder gemakkelijk worden benadeeld als een eigenaar van een groep ondernemingen probeert geld weg te sluizen. Het is in zoverre begrijpelijk dat de curatoren deze procedure zijn begonnen: zij meenden kennelijk dat hier van zo’n geval sprake was (zie ook het cassatiemiddel, nr. 10).

Het is algemeen bekend dat bestuurders niet altijd voldoende het vennootschappelijk belang voor ogen hebben. Dit is wat de curatoren benadrukken. Maar zouden dan adviseurs en andere hulppersonen als advocaten verplicht zijn om de nadelige gevolgen van het bestuurlijk handelen tegen te gaan? Zij zijn immers niet goed gepositioneerd om te kunnen onderscheiden tussen handelen met bedrieglijke bedoeling en riskante maar zakelijke verdedigbare transacties. Er zijn allerlei mogelijke verklaringen voor de betaling aan KIC, zoals achterliggende toezeggingen die niet bekend zijn aan de advocaat, het gokken op een toekomstige winstgevende transactie van KIC waarvoor deze over liquiditeit moest beschikken. Daarbij komt dat de activiteit van de advocaat bij deze transactie slechts ondersteunend was, niet essentieel. Het opstellen en vervolgens doorgeven van een betalingsinstructie kan en mag iedereen doen, daar is geen advocaat voor nodig. De advocaat had de betaling dus ook niet kunnen tegenhouden. Het lijkt er op dat de Hoge Raad deze twee aspecten – onbekendheid met het oogmerk van de betaling, en louter ondersteunende werkzaamheid – bepalend vond voor het niet aansprakelijk houden van de advocaat:

dit blijkt daaruit dat de Hoge Raad de eventuele bekendheid met de bedoeling en de inhoud en aard van de opdracht als relevante omstandigheden aanmerkte.

Het standpunt van de curatoren valt niettemin wel te begrijpen. De kennis van de advocaat, die blijkbaar had geholpen om de onderhavige complexe constructie op te zetten (waarop in cassatie nogmaals was gewezen), suggereert inderdaad dat hij sneller zou hebben geweten wat de bedoeling was van het verplaatsen van de betaling naar KIC. Toch lijkt de benadering van de Hoge Raad de voorkeur te verdienen, nu in feitelijke instantie onvoldoende was komen vast te staan dat de advocaat zou hebben geweten dat de koopsom via KIC zou worden weggesluisd (r.o. 3.1.5 en 3.1.7). Het probleem met het wegsluizen van geld binnen een groep ondernemingen zou misschien beter kunnen worden aangepakt met andere middelen, zoals een strengere bestuurdersaansprakelijkheid, ruimere toepassingsmogelijkheden van de pauliana, of gedeeltelijke doorbreking van de vennootschappelijke zelfstandigheid in dergelijke groepen.

Of hier sprake was van wegsluizen, bleef onbeslist. Het is dus niet duidelijk of een advocaat verplicht is zijn medewerking te weigeren wanneer hij weet of kan weten dat sprake is van wegsluizen van geld.

3. Klacht over aan zich houden

Een tweede klacht in cassatie was daartegen gericht dat het Hof de zaak aan zich had gehouden in plaats van de zaak na vernietiging weer terug te verwijzen naar de rechtbank. De Hoge Raad past hierbij simpelweg staande rechtspraak toe. Het valt vooral op dat de Hoge Raad het de moeite waard vindt hier een langere overweging aan te wijden.

Tot 2002 was de hoofdregel dat na tussentijds appel de zaak weer werd terugverwezen naar de rechtbank. Het bezwaar van deze werkwijze was dat het niet ongebruikelijk was dat er na een tweede of derde tussenvonnis opnieuw appel werd ingesteld, en de zaak op deze wijze enkele malen heen en weer stuitte tussen eerste en tweede instantie, wat de voortvarendheid van de procedure niet ten goede kwam. Daarom is in 2002 ervoor gekozen het tussentijds beroep af te schaffen, behoudens met rechterlijk verlof. Een uitvloeisel van deze benadering is ook dat het logisch lijkt dat de appelrechter minder snel de zaak terugverwijst.

De bevoegdheid om de zaak aan zich te houden volgt uit wat wordt genoemd de devolutieve werking van het appel: de zaak is aan de appelrechter overgedragen, op hem 'gedevolueerd'. Het gevolg kan zijn dat onderdelen die in eerste instantie niet aan de orde zijn gekomen pas voor het eerst in appel worden beoordeeld: in zoverre wordt er dan slechts in één instantie over zo'n kwestie geoordeeld. Zie ten aanzien van de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel o.a. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-Van Gent 2018/143. Denk bijvoorbeeld aan een vordering uit onrechtmatige daad die bij de rechtbank is afgewezen omdat de onrechtmatigheid niet zou zijn komen vast te staan: als het hof in appel de daad wel onrechtmatig acht, zal het hof vervolgens de schade moeten begroten zonder dat de rechtbank zich hier eerst over heeft uitgelaten. De mogelijkheid dat een stukje van de zaak dus alleen in appel wordt beoordeeld is integraal onderdeel van ons procesrecht. Het Nederlandse procesrechtelijke beginsel van rechtspraak in twee instanties geeft geen recht op volledige beoordeling van alle geschilpunten in twee instanties.

De bevoegdheid om na tussentijds appel zelf de zaak geheel te beoordelen is in lijn met het bovengenoemde. Dergelijke bevoegdheden vallen in het algemeen binnen de discretionaire bevoegdheid van de feitenrechter en worden dus niet getoetst in cassatie (r.o. 3.2.3). De Hoge Raad geeft bij zulke bevoegdheden zelden concretere regels, aangezien deze de manoeuvreerruimte van de rechter ernstig zouden beperken. Het is praktisch onmogelijk geschikte regels te bedenken die steeds tot goede oplossingen zouden leiden, gelet op alle aanwezige tegenstrijdige beginselen en belangen, zoals de plicht tot voortvarend procederen (art. 20 Rv).

De curatoren (eisers in cassatie) hadden betoogd dat deze gang van zaken onjuist was, omdat hen hiermee het recht was ontnomen incidenteel appel in te stellen tegen de tussenvonnissen, in het bijzonder de daarin genomen beslissingen tot het afwijzen van een vordering tot inzage van stukken en het honoreren van een beroep op het verschoningsrecht. Het hof had echter overwogen dat, gelet op de devolutieve werking van het appel, deze geschilpunten ambtshalve opnieuw zouden worden beoordeeld door het hof. Daarmee hebben de curatoren in appel precies gekregen wat ze met een incidenteel appel hierover hadden kunnen bereiken, namelijk een herbeoordeling. De klacht lijkt te verlangen dat het hof zou terugverwijzen zodat

curatoren terstond appel zouden kunnen instellen en de zaak alsnog bij het hof zou voorliggen. Het is niet direct duidelijk welk belang hiermee gediend is. Misschien was de achtergrond van deze klacht dat curatoren graag hun standpunt ten aanzien van deze punten hadden willen aanvullen en de kans daarop hebben gemist doordat het hof hier direct ambtshalve over had beslist.

De Hoge Raad heeft deze klacht verworpen. De redelijke verwachtingen van partijen moeten worden gehonoreerd, mits deze daadwerkelijk redelijk zijn: als de rechter heeft gezegd dat een partij nog de kans zou krijgen zich ergens over uit te laten, zal die gelegenheid daadwerkelijk moeten worden geboden (de Hoge Raad verwijst naar HR 2 februari 1990, NJ 1990/795 waar het niet bieden van zo'n gelegenheid tot een verrassingsbeslissing leidde). De Hoge Raad wijst op zulke beperkingen met de begrippen goede procesorde en hoor en wederhoor (r.o. 3.2.3, een bijna letterlijk citaat van Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-Van Gent 2018/146). Maar in het algemeen horen advocaten op de hoogte te zijn van de mogelijkheid dat het hof de zaak aan zich houdt, en dat was in dit geval ook zo. De Hoge Raad wijst er overigens ook op dat dit kan betekenen dat geïntimeerde voor de zekerheid toch incidenteel appel instelt (r.o. 3.2.4) teneinde zijn standpunt uit eerste instantie aan te vullen. Weliswaar zullen ingevolge de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel eventuele niet-behandelde stellingen uit eerste aanleg ambtshalve opnieuw aan de orde komen als een relevante grief mocht slagen, zodat het daarvoor niet nodig is om incidenteel te appelleren, maar het is in appel ook mogelijk om verzuimen uit eerste instantie te corrigeren. Wie zo'n aanvulling wil bereiken kan er verstandig aan doen om zekerheidshalve incidenteel te appelleren. Of dit nodig is, is afhankelijk van de precieze procesgang en het debat tussen partijen: vaak zal het voldoende zijn bij memorie van antwoord zekerheidshalve een nader betoog te houden over dergelijke standpunten. Voor zover een aanvullend standpunt alleen aan de orde kan komen door het instellen van incidenteel appel, kan het hof die aanvulling uitleggen als een incidentele grief (tenzij er ook een ander dictum wordt verlangd, maar dan is het evident dat incidenteel appel noodzakelijk is).

Hierbij past een kanttekening. Het gevolg van de op zichzelf begrijpelijke benadering van de Hoge Raad is dat partijen noodgedwongen moeten anticiperen op de verschillende keuzemogelijkheden die het hof heeft: aan zich houden of

terugverwijzen. Om dit te doen zullen partijen in hun conclusies voor de zekerheid aanvullende betogen moeten houden die, afhankelijk van de door het hof gekozen optie, overbodig kunnen blijken. Dit leidt tot nodeloos werk en langere stukken. Maar dat kan de advocaten niet worden verweten; de Hoge Raad geeft ook in deze zaak uitdrukkelijk aan dat advocaten rekening moeten houden met zulke mogelijkheden (r.o. 3.2.4), wat impliceert dat zij hier extra tekst aan moeten besteden. Zo bezien geeft het geen blijk van inleven in de positie van partijen wanneer rechters advocaten ervan betichten te lange stukken in te dienen (de klachten hierover zijn kritisch besproken in Vranken, NJB 2018/997 en F.J. de Vries, NTBR 2019/29). Dit is ten dele een gevolg van de strakkere procedure en de beperking van het aantal in te dienen stukken. Het moet uit de lengte of uit de breedte komen: kortere processtukken, maar dan meer stukken en meer dialoog, of minder processtukken, maar dan langere.

Als rechters meer inzicht zouden geven in hun beslisproces – bijvoorbeeld door al in een eerder stadium aan te geven dat zij al dan niet zullen terugverwijzen – of uitdrukkelijk de mogelijkheid zouden bieden om na de keuze om al dan niet terug te verwijzen aanvullende stukken in te dienen (vgl. De Vries, NTBR 2019/29), zou het niet nodig zijn om vooraf al uitgebreide betogen te formuleren. Het proces zou dan meer een dialoog worden, een daadwerkelijke procedure, dan een lange monoloog in één stuk omdat partijen geen gelegenheid meer krijgen voor aanvulling of repliek. Maar goed, het beperken van repliek en aanvullende conclusies is een uitdrukkelijke keuze geweest van de wetgever. Het zou alleen passender zijn als de procesdeelnemers elkaar niet bekritisieren wegens de minder wenselijke gevolgen van zo'n niet voldoende doordachte keuze, maar integendeel elkaar helpen om tot een efficiëntere en inhoudelijk betere dialoog te komen.